ARTIGO DE REVISÃO

Foi uso ou foi tráfico de drogas? A discricionariedade policial à luz da criminologia crítica

Was it drug use or was it drug trafficking? Police discretion in the light of critical criminology

Pedro Machado de Melo Romano[1], Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro[2]

RESUMO

Existe muita polêmica quando se trata de distinguir a conduta do uso de drogas da conduta do tráfico de drogas. Isso acontece, entre outras razões, porque a lei de drogas, que tem a incumbência de tipificar criminalmente essas condutas, não estabeleceu quantidade específica de entorpecente que diferencie as duas condutas, deixando para o agente responsável pela imputação da conduta ao acusado, o policial, a interpretação se a eventual droga aprendida, principalmente a partir de uma prisão em flagrante, se destina ao uso ou ao tráfico. Essa interpretação pode estar sendo enviesada por contextos historicamente enraizados de segregação da população desfavorecida e marginalizada, sendo possível que esteja produzindo como consequência um massivo encarceramento desnecessário de membros dessas camadas.

Palavras-chave: Uso de Drogas; Tráfico de Drogas; Lei de Drogas; Prisão em Flagrante; Criminologia Crítica; Prisão Preventiva.

ABSTRACT

There is much controversy when it comes to distinguishing between the conduct of drug use and the conduct of drug trafficking. This is due, among other reasons, to the fact that the drug law, which has the duty to criminalize such conduct, has not established a specific amount of narcotic that differentiates the two behaviors, leaving to the agent responsible for imputation of the conduct to the accused, the police officer, The interpretation whether any drug learned, especially from a flagrant arrest, is intended for use or trafficking. This interpretation may be biased by historically rooted contexts of segregation of the disadvantaged and marginalized population, and it is possible that it is producing as a consequence a massive unnecessary incarceration of members of these layers

Key words: *Drug Use; Drug Trafficking; Drug Law; Flagrant Arrest; Critical Criminology; Pretrial Detention.*

[1] Universidade Federal da Minas Gerais – UFMG, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas – Fafich, Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Belo Horizonte, MG – Brasil.
[2] UFMG, Fafich, Departamento de Sociologia; Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública – Crisp. Belo Horizonte, MG – Brasil.

INTRODUÇÃO

É constante a preocupação acerca das prisões preventivas, as prisões que ocorrem durante o curso do processo, em que o acusado ainda não foi definitivamente condenado. Como esse tipo de prisão não necessita nem mesmo da instauração do processo para que se efetive, questões relacionadas aos direitos fundamentais do acusado sempre vêm à tona quando o assunto é abordado.

Papel importante nessa questão exercem as polícias. A prisão preventiva e outras prisões processuais, como a prisão temporária, podem ser aplicadas no curso

Instituição:
Departamento de Sociologia da FAFICH/UFMG
Belo Horizonte, MG – Brasil

Autor correspondente:
Pedro Machado de Melo Romano
E-mail: pedromeloromano@yahoo.com.br

dos inquéritos policiais. Embora não seja obrigatório para a persecução penal, o inquérito policial é uma prática consagrada de investigação, que abarca quase a totalidade dos crimes de ação penal pública, isto é, aqueles crimes cuja titularidade para a acusação é do Ministério Público. A questão que emerge nesse contexto é a da discricionariedade policial, pois para levar a cabo a chamada *notícia-crime*, modo pelo qual a autoridade policial tem ciência de um suposto comportamento ilícito, é fundamental o exercício desse poder discricionário por parte das polícias. Lima[1] discorre sobre isso ao ressaltar que no sistema do *civil law*, adotado pelo Brasil, em oposição à *common law*, adotada pelos Estados Unidos, acentua-se a diferença entre o sistema acusatório, observado por juízes e promotores no desenrolar da ação penal, e o sistema inquisitório, utilizado pelas polícias para a consecução de suas atividades de repressão ao crime.

Quando se relacionam as prisões provisórias à questão da repressão às drogas, notadamente na repressão ao tráfico de drogas, a questão ganha, por especificidades contidas nos dispositivos da própria lei, mais complexidade, gerando algumas inseguranças, principalmente quando do encarceramento provisório de acusados de cometerem as condutas relacionadas ao tráfico de drogas.

A PRISÃO EM FLAGRANTE

Tome-se como exemplo: alguém foi à delegacia e registrou o roubo de sua casa. A polícia deve investigar para verificar quem praticou essa ação. Porém, cabe aos policiais decidir como iniciar essa pesquisa e, muitas vezes, eles começam interpelando indivíduos que possuem a aparência de "bandido" (de acordo com as concepções policiais) em detrimento de um exame pericial, das digitais deixadas na casa. Isso ocorre em razão do poder discricionário das polícias e, muitas vezes, ele implica atribuições equivocadas de crimes a determinados indivíduos, bem como desrespeito dos direitos e garantias fundamentais.

Para entender esse processo, um bom exemplo é novamente o roubo à residência, mas com a chegada da polícia no momento em que o "criminoso" está praticando a ação delituosa. Esse sujeito será detido e encaminhado a uma delegacia de polícia, para a confecção de um documento chamado auto de prisão em flagrante delito (APFD), que por sua vez será encaminhado ao juiz. O juiz deverá examinar o crime e o histórico de quem o praticou para decidir se esse indivíduo deve ser libertado ou se ele deve permanecer preso preventivamente. Deverá permanecer preso quando qualquer um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal estiver presente, ou seja, quando o acusado, com sua conduta, estiver ameaçando o andamento do processo penal, por exemplo, coagindo testemunhas, ou quando estiver ameaçando a aplicação da lei penal, caso, por exemplo, esteja planejando fugir ou caso sua liberdade represente ameaça à ordem pública. Nessas situações, a prisão em flagrante pode ser convertida em prisão preventiva.

A rigor, os crimes passíveis de investigação estão presentes no Código Penal e outras legislações esparsas. É o princípio da legalidade, *nullum crime sine lege*[a]. Os tipos penais, condutas descritas de maneira geral e abstrata pela lei, devem se amoldar às condutas concretas, ao caso específico e concreto, a fim de se caracterizar o crime. Mas, para tanto, deve haver uma interpretação realizada pelas agências de repressão penal.

Conforme já mencionado, essa interpretação inicial, a primeira, que coloca a conduta e o seu autor, ou suposto autor, no mundo jurídico penal, é a interpretação que a polícia faz: primeiramente, a Polícia Militar, ao decidir se a conduta que um indivíduo está praticando é um crime e, em caso afirmativo, ao encaminhar o suposto criminoso para a Polícia Civil. Depois, a Polícia Civil reinterpreta essa situação ao lavrar o APFD de um indivíduo conduzido pela Polícia Militar ou instaurar o inquérito policial mediante portaria, para descobrir quem foi que praticou o crime reportado por uma vítima na delegacia de polícia.

Na Sociologia jurídica, costuma-se dizer que a lei em abstrato é muito diferente da lei concreta. Assim, pode-se dizer que, legalmente, todos os indivíduos são inocentes até que se prove o contrário, mas, na prática, quando se vê o policial algemando alguém, tende-se a rotulá-lo como bandido. Essa diferença entre a lei no papel e a lei "na vida como ela é" é importante para a compreensão de como ocorre a ação da polícia em nossa sociedade. A polícia está longe da norma, porque está inserida na realidade concreta, no mundo real em que condutas reais são cometidas. A abstração da norma, tão presente no mundo dos juristas, passa longe da realidade concreta que a polícia tem que enfrentar em suas atividades cotidianas. Por isso, no seu atuar cotidiano, a polícia desenvolve um *ethos* próprio que seja capaz de lidar

[a] "*Nullum crime sine lege*"- Não há crime sem lei anterior que o defina.

com sua singularidade de estar tão próxima dos fatos que deverão adentrar no sistema penal.

QUESTÃO DO TRÁFICO DE DROGAS

A Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, veio para substituir a antiga lei de drogas (Lei nº 6.368/76), que penalizava excessivamente o consumidor de substâncias ilícitas, quase como se ele fosse um traficante. Assim, a nova lei de drogas apresentou-se inicialmente como uma legislação que suavizava o tratamento jurídico penal ao "usuário" de drogas. O art. 28, que tipifica criminalmente essa conduta, sequer comina pena de prisão para o uso. Houve claramente uma despenalização dos "usuários" de droga em relação à legislação anterior.

Mas o mesmo não se pode dizer quanto às condutas relacionadas ao tráfico de drogas. São tipificadas principalmente pelo art. 33, que comina a pena mínima de cinco anos de reclusão, mantendo a pena máxima em 15 anos. Houve aumento da pena mínima de três para cinco anos em relação à legislação anterior. Portanto, na nova lei, os usuários são tratados de forma mais branda e os traficantes de forma mais rígida em comparação à velha lei.

A questão do tráfico tem trazido muitas polêmicas, principalmente porque a nova legislação não trouxe uma quantidade específica de substância entorpecente para a distinção entre uso e tráfico. Essa distinção fica sob a polêmica discricionariedade da autoridade policial que inicialmente apreende o suspeito e posteriormente sob a discricionariedade da autoridade judiciária que julgará o caso. Então, se um indivíduo porta 10 gramas de maconha e outro indivíduo porta 10 quilos, cabe ao policial decidir qual sujeito deve ser considerado traficante e qual deve ser considerado usuário. Ao contrário do senso comum, pode ser que o policial considere o sujeito com 10 quilos usuário e o que possuía 10 gramas se torna traficante. Não existe na lei uma regra que defina como o policial deve classificar esses dois casos dentro da normativa penal.

Somado a isso, existe uma inquestionável amplitude do principal tipo penal relacionado ao tráfico: o art. 33 tem em sua redação nada menos que 18 verbos[b]. E muitos deles descrevem condutas que não estão diretamente relacionadas à mercancia da substância ilícita, o que pode agravar a dúvida, se a conduta se amoldaria ao uso ou ao tráfico. Tome-se como exemplo os verbos "trazer consigo" e "ter em depósito", ambos são condutas que poderiam perfeitamente estar destinadas ao uso e não ao tráfico.

Se a legislação nova, de 2006, suavizou na repressão aos usuários, também deixou margens para que a distinção entre o uso e o tráfico se tornasse muito tênue. Notadamente quando apreendida pequena quantidade de droga com o acusado, poderia sua conduta ser enquadrada tanto a uma quanto a outra acusação. Com a redação dos dispositivos da Lei nº 11.343/2006, parece que ficou maximizada a já outrora discricionariedade da autoridade policial na distinção entre o uso e o tráfico de drogas.

Quando essa realidade é transportada para a prisão em flagrante, a questão toma proporções maiores: isso porque, para o sistema, facilitou-se acentuadamente a aplicação de flagrantes quando relacionados às drogas e, o que é mais emblemático, facilitou-se a interpretação que atribui ao acusado a conduta do art. 33, relacionado ao tráfico, e não a do art. 28, relacionado ao uso. Pense-se, por exemplo, que a mãe de um usuário de drogas ou então sua esposa ou então um amigo guardem a seu pedido determinada quantidade de pedras de *crack*. Se um desafeto desse usuário, com intenção deliberada de prejudicá-lo, faz uma denúncia e a polícia, sob o pretexto de ocorrência do crime de tráfico de drogas em flagrante delito, adentre no imóvel e encontre a substância. Neste exemplo, a mãe, a esposa ou amigo podem ser detidos e o flagrante aplicado contra eles, pois o verbo "guardar", presente no já mencionado tipo penal, pode tornar viável essa interpretação, mesmo que obviamente a mãe, a esposa ou o amigo do usuário não possuam qualquer outro indício de envolvimento no tráfico de drogas.

Uma vez inserido no sistema, principalmente sob o rótulo de flagrante, é possível que o acusado fique preso a esse título, e é bem possível que sua prisão em flagrante seja convertida em prisão preventiva, dada a repercussão social que o crime de tráfico de drogas tem na sociedade. E defesas relacionadas à pequena quantidade de droga encontrada com o suspeito podem ficar dificultadas, pois em sede de *habeas corpus* ou de pedido de liberdade provisória, o advogado de defesa não pode adentrar no mérito penal. Com isso, advogados de acusados presos em flagrante pouco podem fazer para libertar seus clientes, uma vez que é muito provável que juízes de primeira instância convertam a prisão em flagrante em

b Os verbos contidos no art. 33 são: "importar", "exportar", "remeter", "preparar", "produzir", "fabricar", "adquirir", "vender", "expor à venda", "oferecer", "ter em depósito", "transportar", "trazer consigo", "guardar", "prescrever", "ministrar", "entregar a consumo" ou "fornecer drogas".

prisão preventiva, sob a justificativa da manutenção da ordem pública, um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Esse cenário pode favorecer o encarceramento de acusados apreendidos com pequenas quantidades de drogas, que adentraram no sistema por uma eventual interpretação polêmica da autoridade policial que lavrou a prisão em flagrante e do policial militar que apreendeu o suspeito com a droga.

Se isso de fato estiver acontecendo, é possível que um grande contingente de acusados esteja encarcerado por tráfico de drogas, quando na verdade esse contingente poderia estar em liberdade, já que são usuários de substâncias entorpecentes. A essa conclusão se chega ao perceber que se o acusado não possuir antecedentes criminais e não houver indícios de participação em organização criminosa, pode fazer jus à causa de diminuição de pena do §4° do art. 33, que pode levar à pena, se eventualmente houver condenação, de um ano e oito meses de prisão. Com essa pena, mesmo depois de condenado, o acusado não cumpre a punição em cárcere, em regime fechado, pois pode ter sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos.

CRIMINOLOGIA

Diante desse cenário descrito, indagações relacionadas ao Direito Penal são insuficientes na explicação dessa possível distorção. Uma visão científica alternativa faz-se necessária. A criminologia, em suas vertentes de conflito, como o *labeling approach* e a criminologia crítica, pode lançar luz sobre essa realidade. O *labeling approach*, ou teoria dos rótulos, foi responsável por criar uma grande cisão dentro da criminologia: o paradigma da defesa social, nos dizeres de Baratta[2], deu lugar ao paradigma da reação social, em que o próprio conceito de crime foi revisto. Esse grande giro epistemológico ocorre em torno, principalmente, da desvinculação do caráter ontológico do crime, sendo que o que constituiria o crime, sob a nova visão, seria a definição, não a conduta em si mesma. Esse deslocamento retira o enfoque criminológico do criminoso para se concentrar nos processos de criminalização. É, sob seus cânones, a própria criminalização, a definição que rotula a conduta como criminosa, que constituiria o crime, a criminalização seria constitutiva do crime, sem ela a conduta desviante perderia seu elemento principal.

A teoria do *labeling approach* teve como principais influências o interacionismo simbólico e a etnometodologia. O interacionismo simbólico, desenvolvido inicialmente por Mead[3], embora a expressão tenha sido cunhada por Blumer, representou uma nova visão da Sociologia[4]. A oposição sociológica tradicional entre indivíduo e sociedade dá lugar a um novo componente, que é colocado em ênfase: a interação. Sob essa perspectiva, é nos processos interativos que os símbolos, os signos, responsáveis pelo processo de comunicação entre pessoas, são criados e, a partir daí, as definições são realizadas. O que interessa para o interacionismo simbólico é a realidade concreta de determinado contexto social, não regras metafísicas constituídas *a priori*. O *labeling approach* toma emprestada essa visão ao abordar o processo de rotulação e mudanças de identidade social ocasionadas pela acusação de determinado indivíduo. A criminalização seria construída socialmente e a conduta desviante e seu autor ganhariam o rótulo em sociedade, a partir dos processos interativos.

Para entender melhor essa perspectiva, é preciso pensar no sujeito que pratica milhares de crimes, mas ninguém sabe desse comportamento. Esse indivíduo, na perspectiva de Becker[5], é um desviante oculto. Ele jamais será indicado como um criminoso, porque ninguém interagiu com esse indivíduo no momento em que ele praticava um crime. Porém, quando o policial vê um adolescente roubando a bolsa de uma senhora, ele prontamente diz que o garoto é um criminoso, adicionando esse rótulo à identidade de tal indivíduo. Então, na perspectiva do *labeling approach*, o crime é o resultado de um processo de interação entre quem comete um delito e quem possui a autoridade (polícia) para dizer que essa ação desviante é um crime. Paixão[6] ressalta que foi uma teoria de caráter microssociológico a teoria dos rótulos, sinônimo da teoria do *labeling approach*, que mudou a visão tradicional da criminologia, anteriormente acostumada a correlacionar pobreza e criminalidade. Segundo Paixão, essa correlação foi se diluindo com o tempo e foi desvelada majoritariamente pela teoria dos rótulos.

A etnometodologia desenvolvida por Garfinkel[7] propõe uma visão sociológica oposta à visão desenvolvida pelos sistemas parsonianos. A sociologia de Parsons[8], de caráter objetivista, racional, que defende a ação social como um reflexo dos valores normativos do sistema, dá lugar à visão sociológica que valoriza o senso comum como principal fonte de construção de

valores. Por isso, a etnometodologia se opõe à visão parsoniana, que defendia a existência apriorística de um sistema valorativo, que teria como função normatizar o comportamento das pessoas em sociedade. Na visão parsoniana, os indivíduos simplesmente "receberiam" essa ordem normativa do sistema e suas ações seriam construídas somente para reproduzir essa funcionalidade do mesmo. A visão de Garfinkel[7] inverte esse fluxo, ao defender que o conhecimento se produz a partir do senso comum, da realidade do âmbito em questão. E não seria o resultado de um sistema valorativo construído de maneira apriorística, como no funcionalismo parsoniano, mas sim da construção dos indivíduos na realidade prática, que agiriam de modo reflexivo, construindo a partir dessa realidade concreta as normas de conduta que se fixariam depois desse processo, e não antes.

A etnometodologia enfatiza o agir sociológico que valoriza o trabalho de campo, pois defende que é no próprio campo que os símbolos são construídos, os símbolos definidores da realidade de determinado contexto sociológico. A teoria do *labeling approach* toma de empréstimo essa visão, pois refuta o caráter normativo da tipificação criminal para destacar o processo de definição, o que importa não é a conduta em si, mas como ela é definida. Ou seja, não interessa quem praticou ou não um crime, mas interessa quem o policial interpretou e classificou como criminoso.

No caso das drogas, diante do cenário de indefinição normativa já exposto, a visão dogmática perde ainda mais força, porque diante de uma linha tão tênue que separa o uso do tráfico, a atividade interpretativa das autoridades componentes das agências de repressão penal parece ser cada vez mais decisiva na classificação de usuários e traficantes[8].

Por fim, a criminologia crítica aparece nesse cenário de deslocamento do paradigma da defesa social para o paradigma da reação social, mas acrescenta ao arcabouço teórico do *labeling* a questão política. A criminologia crítica aproveita a visão do *labeling approach*, mas expande, transforma o seu caráter microssociológico, o expande para uma visão macrossociológica, acrescentando também uma visão política: a seletividade penal.

Na visão da criminologia crítica, o sistema penal seria um reprodutor das desigualdades existentes na sociedade, funcionando para recrutar sua clientela entre os setores desfavorecidos e marginalizados da sociedade. Sua principal função seria preservar o *status quo* vigente. Dessa forma, a etnometodologia serviria para desvelar as máscaras, descortinar os mecanismos de controle social que, muitas vezes, operam para preservar as estruturas de dominação, seja por uma visão marxista respaldada na supremacia do capital ou em outras visões respaldadas na genealogia poder, sob uma perspectiva foucaultiana[2].

Em relação à questão trabalhada neste artigo, das drogas, a perspectiva da criminologia crítica viria a respaldar a visão de que estariam sendo encarcerados traficantes componentes das classes sociais desfavorecidas, já que a polícia interage prioritariamente com esses sujeitos. Afinal, é muito mais fácil entrar em uma casa na favela sem mandado judicial do que em um apartamento da área nobre da cidade. Ao focar a sua ação nos indivíduos mais pobres, a polícia levaria para a prisão aqueles que não podem desfrutar as imunidades garantidas pelo *habeas corpus*, por exemplo. A verdadeira função desse encarceramento massivo não seria aquela contida na norma violada, mas estaria oculta e refletiria a necessidade de controle social da população economicamente desfavorecida e marginalizada.

CONCLUSÃO

O quadro apresentado mostra uma possibilidade que ronda o espectro do sistema de prisões provisórias: a possibilidade de estar encarcerando usuários ou, então, no mínimo, pequenos traficantes, desarmados, sem antecedentes criminais, sem indícios de participação em organização criminosa, que possuem irrelevante periculosidade. É possível que as prisões provisórias, notadamente a prisão em flagrante e a prisão preventiva, estejam sendo utilizadas para recrutar esse contingente. Para ilustrar essa possível realidade, faz-se necessário sair do mundo da dogmática e adentrar na criminologia. Papel importante seria o das teorias do *labeling approach* e da criminologia crítica. Só a partir dessa visão criminológica seriam possíveis conjecturas a respeito de tal realidade, como também seria ilustrativa a utilização do sistema de justiça penal sob a ótica de seus objetivos reais que levem em conta suas práticas e não somente seu arcabouço teórico.

REFERÊNCIAS

1. Lima RK. Ensaios de antropologia e de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2008.

2. Baratta A. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revann; 2011.
3. Mead GH. Mind, self e society. Chicago: University Press; 1962.
4. Blumer H. Symbolic interactionism: perspective and method. Englewood Cliffs, NJ: Prentice- Hall; 1969.
5. Becker O. Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; 2008.
6. Paixão AL. Crime, controle social e consolidação democrática: as metáforas da cidadania. In: Reis FW, O'donnell G, organizadores. A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas. São Paulo: Vértice; 1985. p.168-99.
7. Garfinkel H. Studies in ethnomethodology. Cambrige: Polity; 1984.
8. Domingues JM. Teorias sociológicas no século XX. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 2004.